



DE LA
IRRETROACTIVIDAD
E INTERPRETACIÓN
DE LAS LEYES

Estudio crítico y de legislación
comparada

PASCUALE FIORE

COLECCIÓN CLÁSICOS DEL DERECHO

TÍTULOS PUBLICADOS

Filosofía del Derecho, *Gustav Radbruch* (2007).

Tratado de filosofía del Derecho, *Rudolf Stammler* (2007).

Teoría General del delito, *Francesco Carnelutti* (2007).

La autonomía en la integración política. La autonomía en el estado moderno.

El Estatuto de Cataluña. Textos parlamentarios y legales, *Eduardo L. Llorens* (2008).

El alma de la toga, *Ángel Ossorio y Gallardo* (2008).

La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado, *Karl Larenz* (2008).

Historia de las doctrinas políticas, *Gaetano Mosca* (2008).

El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho,
Hans Kelsen (2009).

La ética protestante y el espíritu del capitalismo, *Max Weber* (2009).

De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada, *Pascuale Fiore* (2009).

COLECCIÓN CLÁSICOS DEL DERECHO

Directores:

JOAQUÍN ALMOGUERA CARRERES

GABRIEL GUILLÉN KALLE

**DE LA IRRETROACTIVIDAD
E INTERPRETACIÓN
DE LAS LEYES**
**Estudio crítico y de legislación
comparada**

PASCUALE FIORE

Profesor ordinario de la Real Universidad de Nápoles

TRADUCCIÓN DEL ITALIANO POR

ENRIQUE AGUILERA DE PAZ

Magistrado de Audiencia provincial, autor del

Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal,

de los Comentarios a la ley de Enjuiciamiento criminal

y colaborador de los *Comentarios al Código civil español* del

Sr. Manresa y de otras importantes publicaciones jurídicas españolas

4ª Edición



Editorial Reus, S. A., para la presente edición
Preciados, 23 - 28013 Madrid
Tfno.:(34) 91 521 36 19 - (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 531 24 08
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

Traducido por Enrique Aguilera de Paz

4ª Edición, 1ª impresión, 2009

Es propiedad

Copyright by Editorial Reus

ISBN: 978-84-290-1541-6

Depósito Legal: Z. 170-09

Diseño de portada: María Lapor

Impreso en España

Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.

Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

ÍNDICE

Preliminar	9
Capítulo I: Del derecho y de la ley en general.....	13
Capítulo II: De la autoridad de la ley	19
SECCIÓN PRIMERA. DE LA NO RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES	27
Capítulo I: De la autoridad de la ley nueva y de la ley antigua en general	27
Capítulo II: De la autoridad absoluta de la ley nueva y de la ley antigua	41
Capítulo III: De la autoridad de la ley nueva desde el punto de vista del estado de las personas y de su respectiva condición jurídica	63
§1.º: De la ciudadanía	77
§2.º: De la ausencia.....	85
§3.º: Persona «sui vel alienis juris»	89
Capítulo IV: De la autoridad de la ley nueva sobre las relaciones y estado de familia	101
§ 1.º: Matrimonio	103
§ 2.º: Separación personal; Divorcio	109
§ 3.º: Paternidad; Filiación legítima.....	115
§ 4.º: Paternidad establecida mediante la adopción.....	123
§ 5.º: Paternidad y filiación natural	125
Capítulo V: De la autoridad de la ley nueva en cuanto a los dere- chos y deberes nacidos de las relaciones y del estado de familia	145
§ 1.º: Derechos personales de los cónyuges	149
§ 2.º: De los derechos que nacen del estado de hijo y de padre	155
Capítulo VI: Autoridad de la ley en cuanto a las relaciones jurídi- cas que tienen por objeto las cosas	165
§ 1.º: De las servidumbres	175

§ 2.º: Del derecho de enfiteusis y de superficie	193
§ 3.º: De los privilegios y de la hipoteca.....	201
§ 4.º: De la prescripción	215
Capítulo VII: De la sucesión	223
§ 1.º: De la sucesión legítima.....	227
§ 2.º: De la sucesión testamentaria.....	253
A. Del testamento como cuestión de hecho	255
B. Del testamento como institución jurídica	267
§ 3.º: De las donaciones	287
Capítulo VIII: De la autoridad de la ley antigua y de la ley nueva respecto de las obligaciones y contratos	307
§ 1.º: De las obligaciones y de los contratos en general	311
§ 2.º: De las formalidades exigidas para la existencia jurídica de las obligaciones y de los medios de prueba	327
§ 3.º: Aplicación de los principios a los contratos especiales y a los cuasi contratos	337
 SECCIÓN SEGUNDA. DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES	 357
 SECCIÓN TERCERA. DE LA RETROACTIVIDAD E IRRETRO- ACTIVIDAD DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO EN LOS JUICIOS CIVILES	 389
Capítulo I: Principios generales acerca de la autoridad de las leyes nuevas de procedimiento.....	389
Capítulo II: Teoría del derecho creado en materia de procedi- miento.....	395
Capítulo III: Autoridad de las leyes nuevas que sancionan nuevas formalidades para la conservación de los derechos civile	419
Capítulo IV: De la autoridad de las leyes nuevas concernientes al juicio yal procedimiento	425
Capítulo V: De la autoridad de las sentencias pronunciadas antes de entrar en vigor la ley nueva.....	433
 SECCIÓN CUARTA. DE LA RETROACTIVIDAD E IRRETROAC- TIVIDAD DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO EN EL PRO- CESO PENAL	 443
 SECCIÓN QUINTA. SOBRE LA APLICACIÓN E INTERPRETA- CIÓN DE LAS LEYES	 455

Ideas generales	455
Capítulo I: De la interpretación gramatical.....	471
Capítulo II: De la interpretación ideológica	479
§ 1.º: Elemento histórico.....	481
§ 2.º: Motivo de la ley	489
§ 3.º: Derecho comparado.....	513
Capítulo III: De la interpretación lógica	517

PRELIMINAR

El Derecho positivo, en cuanto rige todas las relaciones que puede haber entre los hombres, sigue las constantes leyes de desarrollo y progreso a que está sometida la misma actividad humana. Esta se desenvuelve bajo la influencia de las circunstancias de lugar y tiempo, de donde resulta que las leyes, siguiendo aquel desarrollo en el campo del derecho privado, no solamente son y deben ser distintas en los diversos países, sino que deben sufrir otras necesarias innovaciones en cada uno para armonizar las exigencias de la justicia natural con las nuevas necesidades y los nuevos intereses que el curso de la vida social crea.

El progreso de la legislación en cada Estado es condición precisa de la vida del Derecho positivo, el cual debe ser la más exacta expresión de las necesidades sociales, teniendo en cuenta el estado de cultura y las circunstancias históricas en que el pueblo se encuentre en cada época.

Es, pues, evidente que las varias instituciones jurídicas tienen que irse transformando sucesivamente. Ningún sistema de leyes podrá realizar lo mejor en absoluto; pero sí lo bueno relativo, es decir, lo mejor, lo que más conviene en determinadas circunstancias de lugar y tiempo. Por consiguiente, cabe afirmar que las leyes son la palabra social de los pueblos; que la historia de las instituciones jurídicas representa la historia de los orígenes, de los progresos, de las transformaciones, de la decadencia y ruina de las instituciones sociales; que las reformas legislativas no deben considerarse como hechos arbitrarios, sino necesarios, porque responden a las condiciones reales de la sociedad, a su estado moral, político, económico, histórico.

Esta progresiva evolución del Derecho positivo obliga a estudiar de qué modo las nuevas leyes deben aplicarse a las relaciones anteriormente establecidas, a sus consecuencias jurídicas y al desarrollo de las relaciones mismas.

Las leyes que hayan transformado sustancialmente o por completo suprimido ciertas instituciones jurídicas, ¿cómo deben aplicarse para regular los derechos que deriven de las mismas instituciones transformadas o suprimidas?

Este estudio tiene gran interés en los países en que son precisas y frecuentes las reformas legislativas para sustituir añejas leyes por otras más en armonía con los principios científicos y con las nuevas necesidades sociales, como en España sucede. En los períodos de transición entre el antiguo y el nuevo sistema de leyes, las dudas son muchas y más urgente la necesidad de fijar los límites dentro de los que ha de restringirse la autoridad de la ley antigua y de la ley nueva.

En todos los pueblos se hace sentir esa necesidad, puesto que siempre y en todas partes hay que innovar o modificar el derecho existente, y por tanto, surge siempre la cuestión del derecho transitorio, es decir, la de la retroactividad o no retroactividad de las nuevas leyes.

El desarrollo constante y progresivo de las múltiples relaciones que nacen entre ciudadanos y extranjeros, nos obliga también a otro orden de investigaciones, acerca de los límites dentro de los que ha de restringirse la autoridad de cada ley. Entre las varias leyes positivas de los diversos países hay que determinar cuál es la que rige cada relación jurídica. ¿A qué ley queda sometida la persona; es decir, según qué ley deben determinarse los derechos de ésta y el ejercicio de los mismos en los diversos territorios? En una palabra, ¿cuál es la línea que demarca el imperio de la ley de cada país?

Las dos cuestiones enunciadas, que entre sí tienen gran conexión, han sido, respecto al Derecho italiano, tratadas en una obra mía. En ella he examinado de qué modo los principios admitidos en el nuevo Código civil italiano de 1866 deben aplicarse a los derechos adquiridos bajo el imperio de leyes anteriores, y cómo la ley italiana ha de aplicarse a los italianos que ejercitan derechos en el extranjero, y a los extranjeros que los ejercitan en Italia.

Me ha parecido oportuno ofrecer el resultado de mis estudios a los juriconsultos españoles, que con tanta benevolencia han acogido otras obras por mí publicadas, y he procurado dar a ésta un interés general, resumiendo los principios sobre retroactividad o irretroactividad de las leyes nuevas. Con tal propósito, he tenido en cuenta las cuestiones surgidas en Italia y la solución que les dio el legislador mismo o la jurisprudencia, para discutir la aplicación de los princi-

pios generales a un sistema concreto de leyes, de modo que la obra tenga carácter de teoría general. Por esto, he podido darle mayor amplitud, tratando también de la irretroactividad de las leyes penales, asunto que no cabía en mi obra italiana por ser un comentario del Código civil.

El mismo sistema he seguido respecto a la otra cuestión; he procurado exponerla en sentido general, sirviéndome luego de la legislación y de la jurisprudencia italianas para aclarar con ejemplos y estudiar mejor la doctrina.

Tengo plena confianza en que, dada la dificultad y amplitud del asunto, los juriconsultos españoles me han de dispensar toda su benevolencia. Me he visto obligado a examinar todas las múltiples partes del Derecho positivo desde el punto de vista de su aplicación en el tránsito del antiguo al nuevo sistema de leyes, y lo mismo he debido hacer respecto a la autoridad extraterritorial de la ley de cada país. La gran extensión del tema demuestra y evidencia que mi exposición no puede de ningún modo considerarse más que como una vasta síntesis de los principios generales.

Para los que quieran estudiar más a fondo el asunto, doy noticia de las principales fuentes.

CAPÍTULO I

DEL DERECHO Y DE LA LEY EN GENERAL

1. Del Derecho en sentido subjetivo.— 2. De la relación jurídica.— 3. Del Derecho en sentido objetivo.— 4. El Derecho y la ley natural y civil.— 5. La costumbre como fuente del Derecho.— 6. La ley promulgada.— 7. Momento desde el cual es obligatoria.— 8. Diversos sistemas sobre este particular.— 9. Efectos de la fuerza mayor.— 10. Fuerza obligatoria de la ley respecto a los ciudadanos residentes en el extranjero.— 11. La ley, aun conocida, no es obligatoria antes del vencimiento del término.

1. El *Derecho* puede significar la facultad que una persona tiene de exigir de las otras el respeto y la inviolabilidad de sí propio y de todo aquello que le pertenece. Entendido así, el derecho es personal y denota la *facultas agendi*, que algunos denominan Derecho en sentido subjetivo.

2. La *relación jurídica* dimana de la concurrencia y complicación de derechos particulares. Cada uno de los derechos que forman la relación jurídica debe considerarse como un elemento de ésta, de tal modo, que no se puede separar, ni apreciar aparte, sino en correlación con los diversos elementos que constituyen la relación jurídica, la que, dado este punto de vista, hay que estimar como un organismo. Así, por ejemplo, si se quisiera resolver acerca del derecho de una mujer casada respecto a su marido, autorizada por este para contraer un préstamo, no se podría juzgar con acierto sin tener presente la relación jurídica en su complejidad, que resulta de la unión personal de los cónyuges, de la autoridad marital, de la válida autorización, de la oposición de intereses y de todos los demás elementos que concurren a formar la compleja relación jurídica.

3. El *Derecho* se puede también considerar como algo exterior a la persona. En tal sentido, la palabra *derecho* se emplea para significar la base o fuente del Derecho, es decir, lo que da origen o fundamento al derecho perteneciente a cada uno, y que sirve como regla o norma para el desarrollo de la actividad humana y de las relaciones jurídicas que de tal desarrollo derivan. Esto es lo que se denomina Derecho en sentido objetivo, y se puede considerar como la *regula agendi*.

4. Todo derecho concreto encuentra su fundamento en la ley; las relaciones jurídicas derivan de las instituciones jurídicas, las cuales resultan de un conjunto armónico y orgánico de disposiciones que tienen por objeto determinada relación jurídica. Toda institución jurídica es un organismo, y las partes que lo constituyen están dentro de él en correlación. Toda relación jurídica está subordinada a la institución jurídica correspondiente; todo derecho particular se subordina a una norma especial, de la que procede, y que lo regula, y no es posible concebirlo más que en relación con ella. Esta norma o regla es de diversa naturaleza, según es también distinta la naturaleza de los derechos mismos. La división más importante es la de derechos naturales y derechos positivos. Los primeros derivan de la ley natural, cuyos principales y esenciales caracteres son existir y obligar independientemente de toda promulgación, ser universal, es decir, aplicable a todos sin distinción de nacionalidades, y ser inmutable sin que nunca pueda alterarse ni derogarse. Los segundos proceden de la norma dictada en forma de canon, máxima, disposición, uso, etc., por quien tiene poder para hacerlo. Esto es lo que comúnmente se llama *derecho positivo*.

5. El derecho positivo existe a veces en la conciencia común de los pueblos y adquiere forma sensible y exterior mediante la uniformidad de actos continuos y repetidos, es decir, mediante los usos de la vida social y la costumbre. Esto constituye el derecho consuetudinario. La costumbre es la más clara manifestación de las evoluciones del derecho positivo en la conciencia general del pueblo. En ciertos casos puede también considerarse como causa de la ley positiva.

El derecho positivo que resulta de la costumbre jurídica no es norma segura y bien determinada del derecho de los individuos en todos los casos, y por esto no puede aceptarse siempre como regla

cierta que someta a su imperio todas las relaciones jurídicas. Esto se logra realmente cuando el derecho recibe su forma externa determinada, que excluye toda duda y que a todos obliga a someterse a él, es decir, cuando la costumbre toma la forma de ley.

6. La ley es la fuente más segura de los derechos pertenecientes a la persona. Es la regla positiva, jurídicamente obligatoria, de las acciones humanas, que procede del poder supremo del Estado, a quien incumbe la potestad de mandar, prohibir y permitir.

7. Cada Constitución determina a quién pertenece el Poder legislativo y a quién el de procurar la ejecución y la observancia de las leyes. Todos están de acuerdo en reconocer que la ley no puede ser verdaderamente obligatoria mientras no la conozcan o se pueda presumir que la conocen los que deben observarla. El medio por el cual llega la ley a conocimiento de todos los que deben cumplirla, es la publicación o promulgación. Una vez promulgada la ley en Forma legal, se presume legalmente conocida y es obligatoria. Sobre este punto están conformes las legislaciones de todos los países.

8. Alguna diferencia hay en las varias legislaciones respecto al tiempo necesario para que la ley promulgada se considere obligatoria. Según un primer sistema, aceptado por el Código austriaco, la ley nueva es eficaz desde el momento mismo de su promulgación. Este sistema no nos satisface, pues apenas publicada la ley, no cabe admitir la presunción de que por todos es conocida. Es más justo conceder cierto tiempo, indispensable para presumir el general conocimiento de la ley. Otros dos sistemas son: el sistema *sucesivo*, adoptado en el Código francés, y el sistema *sincrónico*, del nuevo Código italiano. El primero consiste en hacer la ley obligatoria gradualmente según la distancia que hay desde el lugar en que ha sido promulgada a todos aquellos en que debe regir. El segundo concede cierto tiempo, a fin de que el conocimiento de la ley nueva pueda difundirse por todas partes; pero transcurrido el plazo, la ley es inmediatamente obligatoria en todo el territorio del Estado.

El sistema francés tiene indudablemente ventajas, puesto que hace más real la presunción de que la ley es conocida desde el instante en que rige en cada lugar, y evita abusos o fraudes que pueden come-

terse por parte de quien tiene noticia de la nueva ley en daño de los que aun lo ignoran. Pero presenta, en cambio, un inconveniente muy grave, pues crea una momentánea diversidad de legislación en el Estado, de la que resultan dificultades para resolver las cuestiones relativas a los derechos de las personas sobre las cosas existentes en las varias partes del Estado mismo.

El sistema sincrónico es el que ofrece menos inconvenientes. La ley se hace para el pueblo, y su autoridad debe extenderse a todos. La ley nueva tiende a mejorar la condición de las personas, y justo es que todos indistintamente y al mismo tiempo puedan disfrutar de las ventajas que concede. No debe haber, ni aun accidentalmente, diversidad de condición entre los ciudadanos de un mismo Estado. El peligro del fraude se atenúa con la publicidad de las discusiones que preceden a la formación y a la publicación de las leyes en los Estados regidos por Gobierno representativo, y con la pronta transmisión o comunicación de la reforma a todas partes. Así la ciencia moderna declara preferible el sistema sincrónico, y el legislador italiano lo ha aceptado disponiendo que las leyes sean obligatorias en todo el Reino después de transcurridos quince días desde aquel en que fue promulgada.

Respecto a esta cuestión, es preciso, en fin, atenerse a la ley de cada país, observando el principio de que toda ley nueva no puede considerarse obligatoria sino cuando ha sido publicada y cuando ha transcurrido el término que la ley del Estado fije.

9. También conviene observar que la doctrina y la jurisprudencia han establecido de común acuerdo que la regla general sobre la autoridad de la nueva ley no rige en los casos en que fuerza mayor ha impedido evidentemente el conocimiento de aquélla. Así, por ejemplo, sucede en los casos de peste, de invasión enemiga, de inundación ú otros análogos en determinadas partes del territorio nacional. Algunas leyes expresan categóricamente esta excepción. Así lo hace el Código francés, que estableciendo como máxima que «la ley es obligatoria desde el momento en que puede ser conocida su promulgación», incluye la excepción de fuerza mayor que hace ilusoria la posibilidad de conocer la ley. Aunque falte expresa disposición legal, debe admitirse la excepción, consiguientemente con los principios generales del Derecho. La Ley no puede ser obligatoria sino cuando

es conocida o se presume que lo es. Pero si hay hechos que niegan la posibilidad de la presunción, claro es que mientras no cese el impedimento de fuerza mayor, falta base al principio que supone obligatoria la ley. Podrá, pues, establecerse como norma que, publicada una ley nueva en forma legal, debe admitirse la presunción general de derecho de que por todos es conocida. Esta presunción excluye en casos ordinarios toda prueba en contrario; pero en casos extraordinarios y excepcionales de fuerza mayor, la prueba de ésta destruirá la presunción legal.

Conviene observar que el principio de la ignorancia de la ley por caso de fuerza mayor no puede admitirse respecto al individuo. Cuando la generalidad ha podido conocer la ley, hay que presumir que la conoce también cada uno en particular. No puede un individuo sustraerse al imperio de la ley nueva alegando ignorancia por fuerza mayor.

10. Puede, sin embargo, surgir alguna duda respecto a ciudadanos que se encuentren en país extranjero. En tal caso ¿cómo deberá apreciarse la presunción legal? La distancia por sí misma es una fuerza mayor respecto al tiempo dentro del que puede tenerse conocimiento de la ley, y cabe estimarla como una imposibilidad física para conocer o presumir conocido el precepto legal. Podrá, pues, considerarse la distancia como un caso de fuerza mayor respecto a todos aquellos que residan en el extranjero. Incumbirá, por tanto, al Juez admitir o rechazar la presunción legal, con arreglo al principio de que la ley no podrá ser obligatoria sino a partir del momento en que, valuada la distancia, sea físicamente posible que haya llegado a conocimiento de todos.

11. Otra duda pudiera nacer en la hipótesis de que el ciudadano conociese la ley antes de que fuera legalmente obligatoria, y declarase que quería utilizar sus preceptos. En principio, debe estimarse siempre que la ley imperante hasta el cumplimiento del plazo es la antigua. Pero hay casos en que es lícito a los particulares prescindir de la ley vigente y someterse a la nueva; entonces ésta regulará las relaciones jurídicas según la declaración de voluntad y conveniencia de las partes.

Publicada la ley, nadie puede en principio sustraerse a los preceptos imperativos que contiene, alegando ignorancia o error. Conocida es la máxima de que la ignorancia del derecho no excusa.

